

A. I. N° - 088502.0013/03-5
AUTUADO - POSTO ALVORADA LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO ANIBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
INTERNET - 30.12.03

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0522-02/03

EMENTA: **ICMS.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES, ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além do imposto devido pela presunção de saídas anteriores. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/08/2003, e reclama o valor de R\$ 20.181,44, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ R\$ 11.917,09, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002), conforme demonstrativos às fls. 10 e 13.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$3.776,52, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado por meio de levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2002, conforme demonstrativos às fls. 07 e 13.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 2.063,09, pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de

mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01 a 12/06/03), conforme demonstrativo à fl. 58.

4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ R\$ 1.344,79, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01 a 12/06/03), conforme demonstrativo à fl. 58.
5. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$1.079,95, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado por meio de levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2002, conforme demonstrativos às fls. 07 e 13.

O sujeito passivo, por seu representante legal, tempestivamente, apresenta defesa, conforme documentos às fls. 99 a 114 dos autos, onde, preliminarmente tece considerações sobre Administração Tributária, em especial o artigo 194 do CTN, para argumentar que a autuação deixou de punir o sujeito passivo da obrigação principal, utilizando a “lei do menor esforço” para punir terceiro de boa-fé, agindo em descompasso com o princípio da legalidade.

No tocante a Obrigaçāo Tributária, citou ensinamento de renomado tributarista à luz do artigo 113 do CTN, salientando que o produto adquirido pelo estabelecimento (álcool carburante), nos termos da legislação aplicável, deve ser na fonte com o ICMS pago, pelo sistema de substituição tributária, cuja responsabilidade da obrigação tributária principal é da empresa vendedora do produto. Sustenta que cumpriu com a obrigação acessória de registrar todos os documentos fiscais relativos às operações realizadas, e assevera que o lançamento está eivado de vícios insanáveis que maculam a sua prosperidade, porquanto o autuado não observou as regras do artigo 113, do CTN.

Analizando a questão relacionada com o Fato Gerador definido no artigo 114, do CTN, segundo o entendimento do mesmo renomado tributarista, o sujeito passivo aduz que o mesmo nasceu por imperativo legal na primeira comercialização, em razão do produto objeto da autuação está incluso no regime de substituição tributária com o pagamento do imposto por antecipação.

Entendendo que ficou comprovado de fato e de direito a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, o autuado requer a nulidade da autuação.

No mérito, após transcrever e interpretar as infrações de que cuida a lide, o autuado invocou o artigo 149 e 156 do RICMS, sobre a obrigatoriedade do contribuinte se inscrever no cadastro fazendário, e a obrigação da Inspetoria Fazendária de apreciar pedido de inscrição, após parecer conclusivo emitido por Auditor Fiscal, com o fito de mostrar a grande responsabilidade que tem as autoridades fazendárias no deferimento de pedido de inscrição estadual, salientando não ser admissível que tais cuidados não tenham sido observados em relação a empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., com sede em Juazeiro, Bahia, inscrita sob nº 24.239.857-NO.

Feitas estas considerações, o autuado esclareceu que tem como atividade fim, o comércio de produtos de derivado de petróleo, e que entre os distribuidores que adquire o produto está a empresa mencionada, a quem cabe recolher o ICMS pelo regime de substituição tributária, ficando, o estabelecimento autuado na condição de substituída, nos termos do artigo 512-A combinado com o artigo 356, do RICMS/97. Nestes termos, sustenta que lhe resta tão somente o cumprimento da obrigação tributária acessória, afirmando que no caso a mesma foi cumprida integralmente mediante o registro nos livros fiscais dos respectivos documentos fiscais e contabilização no livro Diário.

Prosseguindo, o autuado alega que de acordo com o artigo 940, a competência para fiscalização do ICMS é da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, através dos auditores fiscais. Ressalta que a empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. para cada operação que realizou com o estabelecimento autuado foi emitido documento fiscal idôneo, porquanto foi autorizado pela SEFAZ. Invoca o artigo 5º da CF/88 para argumentar que não está obrigado a adimplir o dever jurídico da citada empresa.

Considerou a ação fiscal como abuso de poder, dizendo que houve uma devassa na sua contabilidade, desconsiderando documentos fiscais, como é o caso das notas fiscais de aquisição nºs 1417, 1522, 1411, 1453, 1455, 1415, 1431, 1439 e 1441 todas emitidas pela firma empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, no total de 45.000 litros de álcool hidratado que não foram consideradas na auditoria de estoques no exercício de 2002, motivo da diferença apurada, ressaltando que elas se encontram devidamente escrituradas nos seus livros fiscais, tendo emitido as notas fiscais por ocasião da saídas da mercadoria, e que por isso, não houve descumprimento aos artigos 201, I, 218, 322, 323 e 331, do RICMS/97. Diz que não se aplica também à espécie, os artigos 124, I, 125, I, 371, I, “a”, por entender que a obrigação pelo recolhimento do imposto é da empresa distribuidora mencionada.

Argumenta que urge a necessidade do levantamento quantitativo ser retificado com a inclusão das referidas notas fiscais, recalculando em seguida o imposto devido, retirando-se a cobrança do imposto por antecipação tributária por considerar indevida.

Citou a doutrina na visão de renomado administrativista acerca do princípio da legalidade e da segurança jurídica, e do princípio da verdade real no campo do direito penal.

Por fim, requer seja acolhida a preliminar de nulidade argüida, ou caso contrário a improcedência da ação fiscal, protestando por todos os meios de provas em direito admitidas, em especial pela juntada de novos documentos e aditamento de defesa.

O autuante, ao prestar a sua informação fiscal (doc. fl. 190), não concorda com as observações feitas pelo autuado, e considerou a peça defensiva inócuia, sob o fundamento de que não foi apresentada qualquer prova que possa elidir as diferenças que foram encontradas na auditoria de estoques, relativamente a entradas de álcool carburante, tendo como emitentes dos documentos fiscais a empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, que deixou de exercer sua atividade desde 31/10/2000, impossibilitando o aproveitamento das referidas notas fiscais, as quais são inidôneas para todos os efeitos fiscais, fazendo prova apenas em favor do Fisco. Conclui pedindo a procedência de sua ação fiscal.

VOTO

O fulcro da acusação fiscal de que cuida os itens 01 e 04 é de omissão de saídas de mercadoria (álcool hidratado) com base na presunção legal de entradas não contabilizadas, e os itens 02 e 05, concerne à antecipação tributária sobre o mesmo produto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, enquanto que o item 03 reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, e a falta de antecipação tributária sobre as mesmas mercadorias.

O débito foi apurado com base nas quantidades de entradas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, detectado por meio de levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto e fechado, alusivo aos períodos de 01/01 a 31/12/2002 e 01/01 a 12/06/03, conforme levantamentos e demonstrativos às fls. 07 a 93.

Considerando que a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo de ilegitimidade passiva está intimamente relacionada com o mérito das questões (responsabilidade solidária das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal), ambas serão analisadas conjuntamente.

Na análise das peças processuais verifica-se que no tocante aos números dos levantamentos, a defesa não se insurgiu ao período de 01/01 a 12/06/03, enquanto que no caso do levantamento do exercício de 2002 (01/01 a 31/12), alegou que a diferença apurada é decorrente da não inclusão no levantamento das entradas da quantidade de 45.000 litros do produto auditado constantes nas notas fiscais abaixo discriminadas, cujo autuante justificou que as citadas notas fiscais são inidôneas para todos os efeitos fiscais, em virtude da empresa fornecedora não mais exercer suas atividades desde 31/10/2000.

NF Nº	EMISSÃO	EMITENTE	UNID.	QUANT.	VALOR
1417	09/01/2002	TRR-Juazeiro Com. Der.Petróleo	Lts.	5.000	4.500,00
1522	15/02/2002	Idem	Lts.	5.000	450,00
1411	22/04/2002	Idem	Lts.	5.000	4.250,00
1453	17/07/2002	Idem	Lts.	5.000	4.000,00
1455	14/08/2002	Idem	Lts.	5.000	4.000,00
1415	17/09/2002	Idem	Lts.	5.000	4.000,00
1431	31/10/2002	Idem	Lts.	5.000	500,00
1439	27/11/2002	Idem	Lts.	5.000	5.500,00
1441	23/12/2002	Idem	Lts.	5.000	5.500,00
TOTALS				45.000	32.700,00

Reza o artigo 209, inciso VII, alínea “a” do RICMS, *in verbis*: “Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:...VII – for emitido por contribuinte: a) fictício ou que não mais estiver exercendo suas atividades;”.

Já o artigo 39, inciso V, do RICMS/97, prevê que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica em relação às mercadorias que detiver para comercialização desacompanhadas de documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, respondendo o contribuinte solidariamente pelo imposto relativo às mercadorias adquiridas sem documentação fiscal.

Analisando a informação extraída do INC – Informações do Contribuinte constante às fls. 47 e 48, verifico que realmente o contribuinte TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, Inscrição Estadual nº 24.239.857 se encontra com sua inscrição baixada no cadastro de contribuintes do Estado desde 29/10/2002. Nessa situação, realmente os documentos fiscais acima relacionados, nos termos do citado artigo são inidôneos, não podendo, por isso, serem consignados no levantamento do exercício de 2002.

Quanto ao resultado apurado nos dois levantamentos, observo que nos dois períodos auditados foram detectadas diferenças de entradas de mercadoria enquadradas no regime de substituição tributária. Neste caso, o cálculo foi feito corretamente de acordo com a Portaria nº 445/98, com base nas quantidades da mercadoria ainda fisicamente no estoque, sendo exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA, e deduzida a parcela do tributo por solidariedade, a título de crédito fiscal, bem como o imposto devido pela presunção de saídas anteriores.

Nestas circunstâncias, restando caracterizado o cometimento da infração, ou seja, não sendo comprovada a origem das mercadorias em virtude de se encontrar desacompanhada de documentos fiscais, o autuado responde, como sujeito passivo, pelo pagamento do imposto de sua própria responsabilidade, bem como o imposto devido por antecipação.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade por não se enquadrar em nenhum dos incisos do art. 18 do RPAF, e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser modificada a data de ocorrência das infrações 04.05.04; 04.05.09 e 04.06.10 para 31/12/2002, tendo em vista que a exigência fiscal se refere ao exercício de 2002.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088502.0013/03-5**, lavrado contra **POSTO ALVORADA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 20.181,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 4.856,47 e 70% sobre R\$ 15.324,97, previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de dezembro de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR